

A EFETIVIDADE DO PROCESSO, O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Conciliação dos Princípios nas Ações Cautelares

Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque

Advogada e Professora Universitária

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - O acesso à Justiça. A efetividade como instrumento básico para a plenitude do acesso à Justiça. 3 - Os instrumentos do processo civil brasileiro assecuratórios da efetividade. 4 - O devido processo legal como fonte geradora do contraditório e da ampla defesa. 5 - O princípio do contraditório. Destinação. O contraditório, as partes e o Juiz. 6 - A ampla defesa. Conceito. Características. Limites. 7 - Processo Cautelar, suas peculiaridades e os princípios da ampla defesa, do contraditório e efetividade. 8 - Arresto. 9 - Seqüestro. 10 - Caução. 11 - Busca e apreensão. 12 - Ação de Exibição. 13 - Produção Antecipada de Provas. 14 - Alimentos Provisionais. 15 - Arrolamento de Bens. 16 - Justificação. 17 - Protestos, Notificações e Interpelações. 18 - Homologação de penhora legal. 19 - Posse em nome do nascituro. 20 - Atentado. 21 - Protesto e apreensão de títulos. 22 - Outras medidas provisionais. 23 - Técnicas conciliatórias dos três princípios. 24 - Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, hodiernamente, concentra em si a competência para a solução de conflitos. Como leciona HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

“O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas,

bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.”¹

Poucas são as situações excepcionais, nas quais o ordenamento jurídico brasileiro tolera a solução de litígios, ou a defesa de direitos que não o sejam através do aparelho jurisdicional, que, de qualquer modo, poderá ser convocado para examinar as soluções encontradas, mesmo nesses casos excepcionais. Tal se dá em função da previsão da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inserida dentre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88 (XXXV- A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão, ou ameaça a direito).

Essa concentração de atribuições em um Poder do Estado, relativamente desaparelhado, com quantitativo de juízes e serventuários insuficiente para atender à demanda por justiça, faz com que os processos tenham uma duração muito acima do razoável, postergando as soluções de conflitos e fazendo com que o sistema perca efetividade.

Poderia lembrar, só a título de ilustração, que tramitam na justiça federal mais de três milhões de processos, com duração média acima de cinco anos. Medidas visando dar maior dinamicidade aos procedimentos vêm sendo introduzidas, dentre elas ressaltam-se as criações dos juzizados especiais (lei no. 9099, de 26.09.95) cíveis e criminais. No âmbito da Justiça do Trabalho, por sua vez, criou-se o procedimento sumaríssimo, com o objetivo de agilizar os processos trabalhistas, hoje, infelizmente, com longevidade acentuada. Por outro lado, a introdução da tutela antecipatória (arts. 273 e 461 do CPC), da ampliação dos poderes do relator de recurso (art. 557 do CPC) pela reforma do Código de Processo Civil foram outros instrumentos para tentar dinamizar os processos. Não se pode olvidar, por outro lado, o projeto de Reforma do Judiciário, em tramitação no Congresso Nacional, no qual se acham inseridas propostas como a vinculação da jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, dentre outras, visando dar maior dinamismo ao processo e fazer com que o mesmo alcance maior efetividade.

Para que o sistema processual ganhe em efetividade, mister se faz que haja procedimentos céleres no processo de conhecimento; que haja um efi-

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.34.

caz processo de execução; que haja um adequado sistema de tutelas de urgência (cautelares e antecipatórias), sem o que o verdadeiro acesso à Justiça estará inibido. Tal aspecto é bem salientado por MARINONI, lembrando, em lição irreparável, que a “ morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão. E o pior é que, algumas vezes, a morosidade da justiça é opção dos próprios detentores do poder.” ³

Por outro lado, a busca da efetividade deve ser conciliada com outros princípios fundamentais, também inseridos no art. 5º da CF/88 (LV - Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes;) . O contraditório e a ampla defesa são princípios que estão umbilicalmente ligados, embora sejam inconfundíveis. O primeiro diz respeito ao articulado da defesa, isto é, o direito do réu de se contrapor, através da apresentação de fatos extintivos, modificativos, etc. ao hipotético direito perseguido pelo autor. O segundo diz respeito ao iter probatório. A amplitude dos meios postos à disposição dos litigantes para prova de suas alegações. Tais princípios, contraditório e ampla defesa, não são específicos do processo civil, são, em verdade, categorias da teoria geral do processo, consagrados, também, no processo penal, no processo administrativo e no trabalhista.

O objetivo desse artigo será tentar buscar argumentos conciliatórios para compatibilizar esses princípios, todos de grande relevo, para que a busca hipertrofiada da efetividade não prejudique o contraditório e a ampla defesa e, por outro lado, para que a hipervalorização desses dois últimos não venha a destroçar e imprescindível efetividade que se busca como instrumento para a concretização do acesso à justiça.

2 O ACESSO À JUSTIÇA. A EFETIVIDADE COMO INSTRUMENTO BÁSICO PARA A PLENITUDE DO ACESSO À JUSTIÇA.

Um assunto importante a ser tratado, face à situação em que se en-

² Em alguns sistemas jurídicos chega-se mesmo a tratar como um conjunto as tutelas cautelares e as antecipatórias, nesse sentido, p.e., prevê o CPC português: Art.381º, I - *Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.*

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.33.

contra a tutela jurisdicional do Estado, é o do acesso à justiça. Como dito antes, um dos grandes problemas é o número pequeno de operadores do direito diante da demanda, o que, conseqüentemente, acarreta a morosidade, e, obviamente, emperra a justiça.

A preocupação de tornar a justiça acessível a todos é uma tendência global, não sendo apenas do Brasil a preocupação de quantidade de operadores versus demanda. Por sua vez, a temática de acesso à justiça está ligada diretamente à justiça social. Autores como Marinoni chegam a afirmar que “o acesso à justiça é o tema ponte a interligar o processo civil com a justiça social”⁴.

Pode-se afirmar que a neutralidade defendida por alguns juízes e processualistas, não passa de uma maneira equivocada de enxergar que a igualdade formal seja o caminho para assegurar um bom processo, pensamento este que tantas discriminações e injustiças concretas produziu e por tanto tempo.

As desigualdades econômica e social, entre outros enfoques, devem ser uma das preocupações do Estado, caso contrário estar-se-ia com o mesmo pensamento dos liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, para quem o direito à jurisdição significava o direito formal de contestar uma ação a um indivíduo imposta, ou melhor dizendo, apenas o direito de ir a juízo, não se importando se o indivíduo estava capacitado ou bem representado, ou ainda se este tinha condições de usufruir desse direito.

Com o passar dos anos, as democracias começaram a se preocupar com os cidadãos de maneira geral, e passaram a tratar os iguais igualmente e os desiguais de forma desigual, proporcionalmente à medida de suas desigualdades. Época em que começaram, verdadeiramente, a surgir os direitos de segunda geração, como os sociais, posteriormente, os de terceira e, atualmente, já se fala em direitos de quarta geração.

Ao se falar, atualmente, em igualdade, isto quer dizer igualdade de oportunidades de acesso à justiça. No entanto, na prática, nota-se que esta não é evidenciada; seria necessário que também ocorresse, não só a solução dos problemas que afastam a igualdade de oportunidades, mas a criação de novas técnicas que permitam a efetividade do acesso aos órgãos de composição de conflitos, e ainda a erradicação das desigualdades substanciais no

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.25.

processo.

Quando se olha o direito processual civil sob o prisma do acesso à justiça deve-se verificar a interdisciplinaridade do ramo do direito com os demais ramos das ciências sociais, uma vez que a sociedade está num constante ritmo de mudança e que a origem, suas causas, motivos e consequências encontram-se mistas em todos os ramos em que as relações sociais influem e repercutem. Só assim serão achados os modos e soluções voltados à finalidade maior que é o social. Ressaltando que não só os órgãos jurisdicionais tradicionais podem dirimir conflitos de interesses.

O acesso à justiça deve ser olhado de uma forma maior, deve significar um acesso ao processo justo, de uma justiça imparcial, possibilitando a participação efetiva e adequada das partes na relação processual e ainda que seja permitida a efetividade da tutela dos direitos, não olvidando as diferentes posições sociais e a particularidade de cada situação de direito substancial. O acesso à justiça é ainda mais, é o acesso à informação e orientação jurídica de modo célere e eficaz, sempre que algum cidadão precisar, como também, a todos os meios de conflitos levados a juízo ou a outro meio alternativo de solução de conflitos.

Como se pode observar o conceito de acesso à justiça está relacionado com o conceito de cidadania. Só há uma verdadeira construção democrática em se encontrando em sua estrutura básica a solidificação dessa. Deve-se sempre buscar a ética e o bem-estar da coletividade, partindo da conscientização do valor e do respeito à cidadania.

As dificuldades para uma possibilidade efetiva de acesso à ordem jurídica justa são imensas. Uma das principais é o excessivo custo do processo, que atinge diretamente as camadas pobres, podendo-se então dizer, no caso brasileiro, a grande maioria da população.

Dados interessantes são trazidos por Marinoni. Em seus estudos, ele constatou que a relação entre as custas do processos e o valor da causa podem afastar o cidadão de recorrer ao Poder Judiciário. Informa que “na Inglaterra, por exemplo, verificou-se que, em cerca de um terço das causas em que houve contestação, os custos globais foram superiores ao valor da causa. Na Itália as custas processuais podem atingir 8,4% nas causas de valor elevado, ao passo que nas causas de pequeno valor essa percentagem

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.29.

pode elevar-se a 170%⁷⁵. Conclui-se, então, que a justiça civil é despendiosa, e que para os menos favorecidos se torna mais onerosa, haja vista o fato de que causas de menor porte, melhor dizendo, de pequeno valor, representam o maior contingente no Poder Judiciário.

Fica bastante claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-lo, questão da sucumbência, constituem uma grande barreira para o acesso à justiça. Há casos de pequenas causas em que as custas ultrapassam o valor do litigado em juízo, chegando ao ponto de tornar a própria demanda uma futilidade se comparada com o montante final, ou melhor, as custas a serem pagas.

Também há a questão da duração do processo. A quantidade de conflitos de interesse levados a juízo é proporcionalmente maior que a capacidade de solução que a estrutura judiciária criada pelo Estado oferece atualmente. Nota-se uma carência muito grande de operadores do direito e magistrados. Causas que deveriam ser julgadas logo duram anos e acabam prejudicando a parte necessitada, ou, muitas vezes, ambas as partes em conflito. Frequentemente o tempo funciona como elemento a pressionar os economicamente menos favorecidos, ou seja, os mais necessitados de uma justiça rápida, a desistirem da demanda e fazerem acordos por valores muitos inferiores ao que realmente teriam direito.

Outro ponto a ser abordado é o da boa disponibilidade financeira do demandante ou do demandado, que lhe favorece melhores condições de propor e defender demandas. Estes podem pagar para litigar e, o mais importante, podem suportar as delongas do litígio. Isto influencia também na hora de obter mais provas. Quem dispõe de melhores reúne recursos mais amplos, maior eficiência, um leque maior de dados e, conseqüentemente, melhores condições de argumentar em juízo.

É fato notório que todos esses fatores acima apontados distanciam uma grande parte da população ao acesso à justiça. Válido citar um caso concreto: no Rio de Janeiro, muitos conflitos existentes entre moradores dos morros são resolvidos por chefes do próprio morro, sendo a maioria das vezes problemas sérios, que não chegam ao conhecimento das autoridades competentes nem ao judiciário. Chega-se a um ponto em que a própria população se sente mais à vontade elegendo ou obrigando-se a aceitar como árbitro um morador da própria comunidade, do que ter de recorrer ao Poder Judiciário.

Faltam à população conhecimentos jurídicos básicos. As pessoas não

têm uma adequada noção de cidadania, nem realmente conhecem os seus direitos, por isso se sujeitam a circunstâncias indevidas. Muitos não têm conhecimento de como se deve ajuizar uma demanda. Devemos citar trecho de um estudo empírico inglês, encontrado no livro de Cappelletti: “Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los”⁶.

Com base nos dados acima expostos, chega-se à evidência de que a falta de informação cria certos mitos e problemas psicológicos que levam as pessoas a terem medo de ir ao judiciário ou até mesmo de procurar um advogado, o que, conseqüentemente, enfraquece a credibilidade e a confiança no Poder Judiciário.

Problemas importantes que lesionam direitos trans-individuais, coletivos ou difusos também não têm fácil acesso à justiça, na medida que muitas pessoas tiram proveito do erro cometido e muitas vezes não se encontra quem queira suportar a demanda de uma ação com uma outra parte forte e os órgãos legalmente legitimados para essas demandas ainda estão fragilmente aparelhados.

Podem ser, ainda, citados vários outros obstáculos que dificultam o bom acesso à justiça. Começaremos, então, com uma breve explicação sobre a falha da doutrina clássica em ter pensado que o procedimento ordinário seria o ideal para a tutela de direitos. Necessário se faz transcrever um pensamento de Marinoni, que polemiza: “(...) cabe perguntar a razão pela qual o procedimento ordinário foi originalmente concebido como um procedimento de cognição exauriente e lato sensu declaratório, isto é, como um procedimento que não permite que a esfera jurídica do réu seja invalidada antes da realização plena do princípio do contraditório (e que não admite, portanto, a tutela antecipatória) e que termina em uma das três sentenças da classificação trinária (não autorizando a tutela mandamental)”⁷.

Como já havíamos dito, no caso de não diferenciar a parte menos favorecida da mais aquinhoadada, a tutela também não seria específica, bastando apenas o restabelecimento do valor econômico da lesão, ou seja, uma tutela ressarcitória. Na verdade, o que se deve preservar é apenas a igualdade

⁶ CAPPELLETTI, M. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p.23.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.37.

de formal dos litigantes.

Outro aspecto relevante é o da diferenciação entre a instrumentalidade e a neutralidade do processo em relação ao direito material. Distintas claramente após descobrirem que o processo muitas vezes não permitia uma efetiva tutela do direito material. O processo, embora não se confunda, nem esteja intrinsecamente ligado ao direito substantivo, deve sempre andar perto deste, propiciando tutelas capazes efetivamente, e não mais, formalmente, a proteção do direito material.

Não se pode olvidar a necessidade do juiz de ser munido de poderes que possibilitem decidir pela verossimilhança. Aquele não pode ser somente um interprete frio e distante da lei. Embora não possa afastar-se dela, seu objetivo é buscar a justiça. Por isso, o juiz tem poderes de decidir sumariamente, assim que perceber uma ameaça nítida de lesão de direito de um dos litigantes.

A questão é que há um medo geral de que o juiz, ao dar sumariamente uma decisão, esteja sendo arbitrário em relação a uma das partes. Isso, afinal, geraria a polêmica de se estar ferindo dois princípios constitucionais – o contraditório e a ampla defesa. Contudo, pensamos que a problemática se encontra no excesso de procedimentos a serem seguidos.⁸ Acarretando na pressão social, por sinal justa, aspirando por uma tutela jurisdicional adequada, e levando ao espantoso crescimento da tutela cautelar.

O procedimento ordinário é lento e precário, fazendo com que haja hipertrofia na utilização das medidas de urgência como as cautelares, que, querendo ou não, se tornaram uma espécie de sumarização do processo de conhecimento. A tutela cautelar começou a ser usada antes mesmo da tutela antecipatória, esta seria considerada como um veículo para a relativa satisfação aos direitos perseguidos e que só poderiam ser conferidos ao final do procedimento comum. Procedimentos muito complexos, como os existentes no sistema brasileiro, apontam a quase falência do modelo clássico de solução de conflitos e a urgência na implantação de procedimentos céleres, compatíveis com o dinamismo da realidade social em que se vive.

Poderiam ser feitas simplificações que teriam excelentes resultados

⁸ Veja-se como exemplo de inovação que contrariando os mais formalistas, dará grande agilidade ao processo, é o novo parágrafo 3º. do Art. 515 do CPC, com a redação dada pela lei no. 10.352/01: § 3º *Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*

práticos, como p. ex., o julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados, ao invés de adotar-se o princípio da unicidade. Todavia, se uma parte prova que um dos pedidos é devidamente correto ou se o próprio réu reconhece, por que não julgar logo esta parte que já é um fato certo e concreto? E ainda, por que não ser executado diretamente? Porque a obrigatoriedade, para satisfação do credor, de entrar com uma nova ação, a executória? Afinal, este procedimento acaba privilegiando o devedor, e que na realidade deveria ser ao contrário, a prioridade recairia na parte lesada, ou seja, no credor.. Por não ter uma característica de prevenção, o processo de conhecimento deixou descobertos os direitos não patrimoniais, cabendo no máximo o direito à indenização. Na verdade, deveria proteger mais efetivamente a ameaça a direito, ou mesmo impedir a reiteração ou a continuação de ilícitos.

3 OS INSTRUMENTOS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ASSEGURATÓRIOS DA EFETIVIDADE

A tutela preventiva não deve ser considerada como abuso ou excesso de poder do juiz. Devemos olhar por outro prisma. A tutela preventiva permite ao juiz que, tendo ele certeza de um determinado fato, aplique as melhores medidas possíveis para sanar o conflito de interesse, reforçando que o direito tardio é injustiça na certa.

Diferentemente da tutela declaratória, a preventiva confere poderes ao juiz para atuar mediante coerção, impondo sanções, obrigando alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em predileção a um direito apresentado a ele.

Já a tutela condenatória tem efeito repressivo, não serve como preventiva, e ademais tem seu caráter definitivo, exigindo um melhor aprofundamento e convicção plena do juiz, que aplicará uma sanção a ser cumprida pela parte vencida, abrindo oportunidade para a execução forçada. Em nosso Código de Processo Civil vigente, a sentença condenatória define-se pela aptidão a servir de título executivo. Ao nosso ver, um erro, uma vez que atrapalha a efetividade e, além do mais, como já havíamos dito, beneficia o devedor.

Atrapalha a efetividade por não haver, logo após a sentença condenatória, a execução forçada. O credor após ter reconhecido seu direito, enfrentará, um calvário de longos anos em um processo de execução, chegando até, muitas vezes, a não conseguir seu objetivo, a satisfação do direito

reconhecido no título executivo.

Em suas obras, Barbosa Moreira reconhece o uso da cautelar como via de antecipação da tutela preventiva. Afirmava, ainda, que seria aceita por ser necessário dar aos cidadãos uma tutela jurisdicional adequada, e que a cautelar não poderia ser acompanhada de multa.

Depois da reforma de meados da década de noventa, o CPC, com seu art. 461 alterado, possibilitou a construção de uma nova modalidade de tutela jurisdicional, chamada de inibitória, viabilizando uma efetiva prestação jurisdicional preventiva, destinada à tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer. Podemos então considerar como um grande avanço para a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que o juiz tem mais poderes e o dever de aplicá-la. Sendo a potencialização do juiz baseada na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que não apenas possibilita o acesso formal ao Judiciário, como também, assegura a tutela efetiva contra qualquer forma de denegação de justiça.

Neste sentido, pertinente lembrar que o art. 461 do CPC teve sua origem no art. 84 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o qual tem a idéia central de que devem ser usados todos os meios, se necessário, à força, para que o credor tenha saciado seu direito na obrigação de fazer ou não fazer de mesma forma, com o mesmo resultado útil, que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado, diferentemente das compensações em dinheiro.

Válido expor o pensamento de C. R. Dinamarco, que trata do assunto: “O poder do juiz na tutela das obrigações de fazer ou não-fazer não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório de concepção tradicional), mas abrangerá a expedição de mandamentos ou ordens (ação mandamental), que, se descumpridos, à semelhança das injuctions do sistema anglo-saxão ou da ação inibitória do sistema italiano, isto poderá configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à Justiça e não apenas à parte contrária, e ainda ensejará a adoção de técnicas de sub-rogação de obrigações em outras que permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação”⁹.

Devemos citar ainda o Mandado de Segurança, remédio jurídico criado pelo ordenamento pátrio, na defesa de direito lesado por autoridades.

⁹ DINAMARCO, C. R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, p.600.

Basta que sejam provados o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, que a liminar pedida pelo impetrante será aceita e executada, com caráter provisório, pelo juiz. Neste sentido podemos citar Cretella Jr., o qual afirmava que se o mandado de segurança é o remédio heróico que se contrapõe à auto-executoriedade, para corta-lhe efeitos, a medida liminar é o pronto-socorro, que prepara o terreno para a segunda intervenção, enérgica (como evidente), porém, mais cuidadosa do que a primeira”¹⁰. (CRD, p. 605).

Maior importância devemos dar às tutelas cautelar e antecipatória. Há determinados casos em que estas devem ser aplicadas antes da ouvida da parte ré. O deferimento da tutela, nestes casos, se dá pela necessidade de não frustração do direito do autor. A liminar *inaudita altera parte* será dada sempre que for preciso uma tutela jurisdicional imediata, para que se conserve a efetividade do processo, para os casos de neutralizar um perigo de dano irreparável. Como já havíamos dito, com o novo art. 461, o juiz tem a possibilidade de conceder liminarmente a tutela antecipatória, baseado no princípio da inafastabilidade, que garante o direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, nesses casos, a tutela urgente.

Não há agressão, neste caso, ao princípio do contraditório, se olharmos por outro prisma, por ser considerada a liminar como meio de reparação ou de manutenção de direito urgente, ela tem caráter provisório. Esta provisoriedade permite ao réu apresentar defesa e recursos contra o deferimento. Pode-se, então, considerar que a postergação do contraditório assegura a efetividade da ação. Neste mesmo sentido, encontramos o doutrinador italiano, G. Martinetto, que expressa: “*Si è detto che il principio del contraddittorio è rispettato anche quando il provvedimento è pronunciato inaudita altera parte, purchè, prima che il provvedimento diventi definitivo, la parte contro cui è emesso abbia la possibilità di proporre le sue difese*”¹¹.

A reforma em nosso processo civil introduziu em seu art. 273, II, a tutela antecipatória contra abuso de defesa. Permitindo que a tutela cautelar não fosse mais usada como técnica de sumarização do procedimento comum. Como já foi explanado, o nosso ordenamento jurídico protege o réu, baseando-se na não intervenção na esfera jurídica do devedor, antes da plena realização da defesa.

¹⁰ DINAMARCO, C. R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, p.605.

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.237.

Pode-se encontrar a antecipação em vários ordenamentos, como é o caso da França, em que é possível a antecipação da tutela através da provision, “l’obligation ne soit pas sérieusement contestable”¹²; encontramos semelhanças em outros países europeus, que são os casos da Alemanha e da Áustria, com o emprego do “einstweilige Verfügungen”¹³ para obtenção da antecipação.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO FONTE GERADORA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa e do contraditório não eram direitos assegurados expressamente pelas Constituições anteriores à de 1988, contudo amplamente defendidos pela doutrina e jurisprudência do período anterior à atual Carta. Atualmente se encontram expressos no art. 5º da Const./88 “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O da ampla defesa e o do contraditório, objeto de nossos pontos seguintes, serão analisados mais profundamente.

O devido processo legal, expressão originada da inglesa ‘due process of law’, garante às partes litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de João Sem Terra, do ano de 1215, ao se referir à *law of the land*, sem ainda ter mencionado expressamente o *due process of law*. Sendo este consagrado na lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada de Statute of Westminster of the Liberties of London.

Notado até os dias atuais, o instituto do devido processo legal é objeto de estudiosos do direito, e também é encontrado praticamente em todo o sistema jurídico global. Pode-se notar sua vital importância no art. XI, n.º1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no qual se garante que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.239.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª, ed. 1999, p.239.

Este princípio caracteriza-se “pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico”¹⁴. Ele protege o indivíduo duplamente na medida em que atua tanto no âmbito material da proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao segurar-lhe paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa.

O devido processo legal é visto no Brasil desde a Carta Imperial de 1824, embora que nesta não viesse expresso, mas, como há de se notar seu art.179, XI – “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, pôr virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta” , dessa previsão extraia-se, embora, singelamente, o princípio.

A Constituição da Primeira República, de 1891, estabelecia, quase com as mesmas palavras, o preceito, em seu art.72, § 15: “Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada”.

A Constituição de 1934 inovou a matéria ampliando as garantias fundamentais em seu art.113, inciso 26: “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na forma por ella prescripta”. E ainda em seus incisos 24 e 25, transcritos abaixo, respectivamente, fora encontrado a primeira vez expressamente o princípio da ampla defesa: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os meios e recursos essenciais a esta”; “Não haverá foro privilegiado nem tribunais de excepção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas”.

A Carta Magna de 1937, por muitos doutrinadores considerada de origem espúria e autoritária, não trouxe em seu corpo constitucional a garantia do devido processo legal ampliada, tal como se encontrava na de 1934, deixando-se em seu art.112, inciso 11, apenas o seguinte: “ (...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”.

Coerente com os princípios democráticos que restabelece no Estado brasileiro, retomou a fórmula de garantias processuais mais amplas, a Constituição de 1946, em seu art.141, §§ 25 a 27, respectivamente; “É assegurada aos acusados plena defesa , com todos os meios e recursos essenciais a

¹⁴ JR. NERY, N. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.33.

ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”/ “Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”/ Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”.

A Carta Magna de 1967 e Emenda n. 1/69, estabeleceu, em seu art.153, §§ 15 e 16, respectivamente, que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção” / “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. É de se ressaltar, entretanto, que muitas agressões a direitos foram praticadas nesse período sob o manto protetor dos atos institucionais, em cujos textos expressamente, constava a proibição do controle judicial, ensejando graves violações, inclusive de cunho procedimental, sem que o judiciário, inibido e constrangido nada pudesse fazer.

Com a redemocratização, as garantias constitucionais foram restauradas e não apenas formalmente previstas.

O devido processo legal está assegurado em nossa Constituição atual em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, os quais deverão assegurar aos litigantes seus direitos, seja em processo judicial ou administrativo, conforme se encontra expresso em nossa Constituição de 1988, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

5 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. DESTINAÇÃO.

O CONTRADITÓRIO, AS PARTES E O JUIZ.

Neste ponto, vamos falar do direito de defesa. Já havíamos discutido, o direito ao acesso à justiça não é só privilégio do autor. O réu, em face do seu direito de reação ao alegado contra si, aparece no polo passivo da relação jurídica processual como titular do direito de defesa, igualmente integrador do direito à jurisdição.

Tradicionalmente, o princípio do contraditório era entendido como um mecanismo de defesa do réu, que, ao encontrar formulado um pedido

pelo autor, tinha o direito de pronunciar-se antes de qualquer decisão tomada no processo, ou mesmo se apresentada alguma prova por uma das partes, a outra teria o direito de pronunciar-se, garantindo, então, o desenvolvimento do processo em discussão dialética, sempre estando sob a fiscalização de ambas as partes.

Nos dias atuais, encontra-se uma concepção mais ampla do contraditório, podendo até dizer que se originou na garantia constitucional do *rechliches Gehör*, art. 103,I, da Lei fundamental da República Federal Alemã, que fez com que a doutrina e jurisprudência germânicas relacionassem o princípio do contraditório às idéias de participação e de influencia na decisão. Hoje, pode-se afirmar que é a garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o processo, com caráter de plena igualdade mediante as partes, em qualquer situação que se refira diretamente ao objeto da causa da demanda, com por exemplo fatos, provas, questões de direito. O escopo principal de princípio do contraditório deixou de ser o da defesa, como sentido de oposição ou resistência à atuação alheia, e passou a ser a influência no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolver do processo.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que o Estado aplique seu poder sancionatório sobre as pessoas físicas ou jurídicas. Devemos, todavia, ligá-lo ao princípio do contraditório por em geral se encontrar sempre juntos, embora não se confundam.

Qualquer pessoa tem o direito de defender-se, ninguém pode ser julgado ou condenado sem que seja ouvida a outra parte. É o que chamamos de princípio do contraditório, este decorre da bilateralidade do processo, todos têm o direito de defender-se daquilo que contra si está sendo alegado, é uma oportunidade de resposta, por isso a parte interessada deve ser notificada, podendo examinar todas as provas constantes no processo, como também tem o direito de assistir ao depoimento das testemunhas e a apresentar defesa escrita.

É o princípio do contraditório que põe os homens em mesmo pé de igualdade perante a lei, é uma inspiração do direito natural e divino, a essência da liberdade, é garantia da justiça, daquilo que é justo em si mesmo: dá a todos o direito de defender-se. Salienta Nelson Nery Jr. que “o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação

do princípio do Estado de Direito, tem mínima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa, são manifestações do princípio do contraditório”¹⁵.

Pode-se dizer que, no plano da alegação, ambas as partes têm, em igualdade, a faculdade de se pronunciar, tantas vezes sejam necessárias, para que o direito de resposta seja assegurado. Observe-se no processo ordinário o uso da réplica e ainda, dependendo de determinados casos, o uso da tréplica. No plano da prova, o contraditório existe para que as partes, em mesmo pé de igualdade, tenham a faculdade de todos os meios de provas potencialmente relevantes e permitidos por lei sejam de potencialidade relevante para a apuração da realidade dos fatos, mostrada de acordo com a conveniência das partes, sem que, obviamente, interfira na efetividade do processo. E que seja permitida a audiência contraditória para ambas as partes, com o objetivo de que se pronunciem sobre as questões produzidas pela mesma, pelo adversário e pelo tribunal. No plano do direito, basicamente podemos dizer que o contraditório permite que as partes possam explanar, se quiserem, sobre todos os fundamentos de direito em que a decisão se baseie.

Conceitos de diferentes autores ajudam a se ter uma visão melhor e mais completa a respeito desta matéria. “ (...) princípio da audiência bilateral, ou do contraditório, conforme o qual não pode o juiz decidir sobre uma pretensão se não é ouvida, ou citada para ser ouvida, a parte contra a qual, ou em face da qual, é proposta. Ao ataque do autor deverá suceder a defesa do réu. No princípio do contraditório se agasalha o direito de defesa, de natureza constitucional (...)”Válido destacar Liebman, este “entende-se que o princípio é respeitado quando se dá a todas as partes a possibilidade de defender-se; que o façam, efetivamente, que compareçam a juízo e ofereçam as suas razões, ou permaneçam inativas, ou mesmo sejam contumazes, depende de sua livre determinação”¹⁶.

Importante citar um autor espanhol, Francisco Ramos Méndez, o qual

¹⁵ JR. NERY, N. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.128.

¹⁶ SANTOS, M. A. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p.75.

¹⁷ MÉNDEZ, F. R. El sistema procesal español. Barcelona, Ed. José Maria Bosch S/A, 1995, p.91.

afirma, ao falar do direito de defesa: “(...) Además está íntimamente ligada com la de igualdad de las partes y respecto de la audiencia y contradicción bilateral”¹⁷; ainda Grinover, ao afirmar que “o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano **audiatur et altera pars**. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”¹⁸.

Apesar de não ser a linha de raciocínio que adotamos, Alexandre de Moraes, diferencia os dois de forma diversa, contudo hipótese não descartada. Ele afirma ser a ampla defesa “o asseguração dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”¹⁹.

O contraditório é destinado por lei para as partes poderem participar em pé de igualdade como litigantes de um processo, sendo o juiz o franqueador desta garantia. Cabe a este também exercer o contraditório, participando da preparação do julgamento a ser feito. Podemos simplificar dizendo que o contraditório é um direito das partes e um dever do juiz, estando completamente ultrapassada a teoria de que o juiz não deva participar do contraditório, sendo direito apenas conferido às partes.

Concordamos que a participação dos litigantes, em relação ao contraditório, é mais intensa, haja vista serem os sujeitos mais aptos a fazê-lo, uma vez que conhecem melhor os fatos relevantes e os meios de provas disponíveis em cada caso. O juiz inerte no início e sempre atuando através da provocação das partes, desconhece dos fatos que interessarão para seu julgamento, sendo a este vedado tomar decisão segundo o conhecimento fora dos autos. Cabendo, então, às partes, pedir, alegar, provar, escolher testemunhas, ou seja, usar de todos os artifícios legais para sua defesa.

¹⁸ DINAMARCO, C.; GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, p.55.

¹⁹ SANTOS, M. A. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, p.116.

Calamandrei, em sua doutrina “processo como jogo”, aponta como a dinâmica do processo o choque entre a tese apresentada pelo autor e a antítese trazida pelo réu, ambas servindo de base para a síntese que virá do juiz. Alguns autores resumem o contraditório como constituído por dois elementos: informação e reação.

Portanto podemos concluir que o contraditório é um direito das partes e uma obrigação do juiz (deveres e poderes) não mais a faculdade de exercê-lo, como dizia a doutrina clássica. Podemos encontrar no art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês a expressa exigência da participação do juiz: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório”. Da mesma forma, encontramos o Código de Processo Civil português, em seu art.3º, 3: “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem”.

6 A AMPLA DEFESA. CONCEITO. CARACTERÍSTICAS. LIMITES.

A ampla defesa, de início, nos ordenamentos pátrio e estrangeiros, teve seu berço no processo penal. Todavia, aos poucos, foi-se firmando na doutrina e jurisprudência do processo civil e do processo administrativo, uma vez que neste se apreendia de modo transparente a situação de alguém acusado de ter cometido uma lesão, conduta determinada passível de sanção. Sendo depois estendida a outros âmbitos como fiscalização do exercício profissional, punição de alunos, entre outros.

7 PROCESSO CAUTELAR, SUAS PECULIARIDADES E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E EFETIVIDADE.

A tutela cautelar concretiza-se através de um conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento. Seu objetivo sempre é outro processo, o processo principal, por isso dizemos que é uma ação autônoma, acessória, preventiva, instrumental e provisória, portanto, não pode ter caráter satisfativo. O art. 796 do CPC expressa claramente que o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal, respectivamente chamamos de pro-

cedimento cautelar incidental e preparatório. Lembre-se que, depois de interposto, tem-se um prazo de 30 dias para o ajuizamento da principal, caso contrário, a eficácia da providência concedida cessará.

Necessariamente, para a concessão de uma cautelar há de estar presente e bem demonstrado o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, podendo ter deferido o pedido pleiteado por meio de uma liminar o por uma sentença, reafirmando que esta decisão é provisória. Difere também das ações comuns no tocante ao fato de que seu pedido não pode ser o mesmo da ação principal, pois então desconfiguraria sua característica, transformando-a em tutela antecipada.

Tanto a liminar quanto a sentença na cautelar têm que ser baseadas em provas não exaurientes, da mesma forma são revogáveis em vista à adaptação do pronunciamento às novas circunstâncias de fato. Ressaltando que a sentença proferida não faz coisa julgada material, haja vista não ser de seu mérito a discussão nem decisão sobre relação jurídica alguma, esta é a função da ação principal e, não sendo possível tornar-se imutável e indiscutível, a sentença na ação cautelar produz coisa julgada formal. Tendo apenas sua única exceção quando o juiz observar a decadência ou prescrição no processo principal, caso em que a cautelar produz coisa julgada material.

Outro aspecto que não se pode olvidar é o poder geral de cautela, que permite ao juiz tomar providências de índole cautelar, com função de cautelar, que não estejam tipificadas no CPC e que não tenham sido requeridas, e é simples imaginar o porquê desta concessão ao juiz, o único titular deste poder, uma vez que é impossível tipificar todos os perigos possíveis e soluções para estes.

Desta maneira, permite-se que a parte, demonstrando o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, possa entrar com uma ação cautelar inominada, ou seja, uma ação cautelar cujos contornos não estejam nítidos e precisamente descritos em lei. A discussão sobre a longevidade desse poder é grande entre os doutrinadores, principalmente na questão da cautelar inominada preparatória, antecedente à ação declaratória.

A contracautela existe para afastar a possibilidade de prejuízo para a parte que irá sofrer os efeitos da antecipação em medida cautelar devido a prova do *periculum in mora*. O perigo do ato lesivo ou de prejuízo, em razão da execução da medida cautelar, vem previsto no art. 811 do CPC. Por esta razão, existem causas em que se precisa de caução prévia, para ser concedida a providência cautelar urgente (art. 804 e 816, II). A caução

funciona como “cautela de cautela”. Esta não é pressuposto da concessão da medida cautelar urgente, e sim, garantia de reparação do dano que a providência possa causar. Nesta linha de pensamento encontramos Calamandrei: “enquanto a medida cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer da demora da decisão final do processo, e, por isso, sacrifica, em virtude de urgência que se faz necessária, as exigências da justiça àquelas da celeridade, - a contracautela, que acompanha a medida cautelar, servirá para assegurar o ressarcimento do prejuízo que possa ser causado ao outro litigante, pela excessiva rapidez da providência cautelar. E, desse modo, restabelecido fica o equilíbrio entre aquelas duas exigências”²⁰.

O réu não é ouvido sobre a caução, todavia não significa que esteja impossibilitado de se pronunciar. Nos casos em que era necessária a caução e não houve, ou ainda, nos casos em que seu valor é inidôneo em relação ao concedido na cautelar, ele pode requerer sua modificação ou revogação da cautelar. O réu pode requerer a anulação da caução na contestação da cautelar. Como havíamos dito, em todos os procedimentos da cautelar encontramos o contraditório. O doutrinador J. J. Calmon de Passos vai mais além e afirma ainda que além de investir contra a caução na contestação, há outras possibilidades como: “tomar contra ela medida específica, qual seja o recurso, a correição ou mandado de segurança, conforme o caso. Parece-nos de bom alvitre, entretanto, se processe em apartado, mas em autos apensados aos da cautelar, o incidente da caução, quando impugnada ou requerida. Em verdade ela é também cautelar”²¹.

Em momento algum os princípios do contraditório e da ampla defesa são totalmente prejudicados face à concessão da medida cautelar, mesmo que seja concedida *inaudita altera pars*, haja vista encontrarmos determinadas exigências para situações que poderão apresentar risco para qualquer das partes, neste sentido já destacada a questão da contracautela. E em outro ponto, baseado nas “Disposições Gerais” do Capítulo I, Título Único, Livro III, é notório a presença de normas que asseguram o contraditório e a ampla defesa.

O réu, ou requerido, será citado, qualquer que seja o processo cautelar, para contestar o pedido e produzir provas. É o que se extrai do art. 802

²⁰ MARQUES, J. F. Manual de Direito Processual Civil. vol. IV, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976, p.337.

²¹ PASSOS, J. J. C. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. X, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p.205.

do CPC, ou seja, encontramos assegurado o contraditório. O art. 804 do mesmo código, autoriza a liminar *inaudita altera pars* em razão da urgência ou da eficácia da providência requerida, contudo, após executada esta, o requerido será citado na forma prevista em lei para apresentar defesa; isso não significa somente responder ao autor, senão ainda o direito de recorrer, através de agravo de instrumento, contra a concessão liminar.

O direito de defesa está assegurado em muitos ordenamentos jurídicos, e encontra-se alinhado à efetividade, confirmando nossa tese de que podem e devem estar presentes num processo ou procedimento sem que implique em substituição ou no ferimento um do outro.

A concessão de liminar nos casos de urgência, além de necessária, é instrumento assegurado da garantia em vários dos sistemas processuais de países que nos servem de referência. Veja-se a previsão do Código de Processo Civil italiano, encontrada na “sezione V - Dei provvedimenti d’urgenza - 700. Condizioni per la concessione - Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi há fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sai minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere com ricorso [125] al giudice [701] i provvedimenti d’urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito(1) [669 - duodecies]²².

Outro ordenamento cuja referência é relevante é o argentino, lembrado pelo ilustríssimo Piero Calamandrei, o qual, em seus escritos, afirmara que: “Un fenómeno procesal diverso de los examinados hasta aquí, lo hay en los procedimientos sumarios en que la misma ley, a fin de simplificar y acelerar la emisión de providencias de carácter provisional y urgente, autoriza al juez a contentarse con un juicio de verosimilitud fundado en pruebas leviores, o como también se dice, en pruebas prima facie. Casos típicos de este fenómeno tenemos (...) en los procedimientos cautelares: denuncias de nueva obra y de daño temido (art. 1171: ‘la autoridad judicial, tomado conocimiento sumario del hecho, puede prohibir la continuación de la obra ...’ art. 689, C. p.c.: ‘practicadas, en caso de necesidad, sumarias informaciones’) secuestro (art. 672, cuarto ap.: ‘el juez, asumidas, cuando necesario, sumarias informaciones ...’); providencias de instrucción preventiva (art.

²² ABATE, M. & ABATE, M.L. Codice di procedura civili: e leggi complementari. quinta edizione, Itália: Cedam, 1998, p.132.

695, C. c.: asumidas, sumarias informaciones, cuando sean necesarias); providencias de urgencia (art. 700, C.p.c.)”²³.

Após essa breve introdução das características gerais do procedimento cautelar, iremos especificar as mais importantes e analisar a necessidade dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da efetividade do processo.

8 ARRESTO

Comprovamos sua função essencialmente cautelar ao destacarmos sua objetividade que é a de recair sobre bens indeterminados do devedor, podendo ser móveis, imóveis, créditos, etc. Seu procedimento é encontrado nos arts. 800 a 812 do CPC. É o garantidor da futura execução por quantia certa.

São seus requisitos a prova literal da dívida, a prova documental ou justificação do perigo de dano ou, em certos casos, a prestação de caução no lugar da justificação prévia. E ainda como requisito específico deve-se encontrar a tentativa de ausentar-se o devedor, ou sua efetiva ausência, ou a tentativa por parte do devedor de desfazer-se de seu patrimônio, alienando seus bens, contraindo dívidas, ou qualquer medida com intuito de esconder seus bens.

A liminar, para assegurar o não desaparecimento de bens para o cumprimento legal do devido, pode ser concedida *inaudita altera pars*, ou seja, independente da ouvida da outra parte, independente da realização de audiência de justificação prévia, se houver prestação de caução. Caso não seja dado, o normal é que haja uma audiência unilateral para que se escutem apenas as testemunhas do autor, para que, então, o juiz conceda a liminar *inaudita altera pars*.

Não significando que o contraditório seja reprimido, como já havíamos falado no capítulo anterior, aparece na oposição à liminar que poderá ser feita pelo réu, seja em forma de contestação ou em recurso. Da mesma forma encontramos garantidos e caminhando de forma harmônica a ampla defesa e a efetividade.

²³ CALAMANDREI, P. Estudios sobre el proceso civil, vol. III, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1973.

Há uma particularidade, onde pode ocorrer o arresto *ex officio*, como é o exemplo das hipóteses encontradas no art. 653, que é a execução forçada, como meio de preservar a responsabilidade patrimonial a ser efetivada pela execução por quantia certa, ou seja, faz a constrição de bens suficientes para a segurança da dívida até que se decida a causa.

Suspende-se o arresto com o depósito da dívida ou caução real ou fidejussória, e no caso de pagamento, novação ou transação, acontece a cessação do arresto. Depois de proposta a execução, aplicam-se ao arresto as demais regras concernentes à penhora, haja vista tornar-se a mesma na fase executória.

9 SEQUESTRO

Ação cautelar nominada, tem como finalidade garantir a execução para a entrega de coisa certa, por isso, o objeto no qual recai é uma coisa determinada, podendo ser um bem móvel, imóvel ou semovente, tendo que ser exatamente o bem disputado pelas partes ou que será demanda futura. Caracterizada como uma ação autônoma com o objetivo específico de tutelar à pretensão de segurança. Encontram-se seus requisitos no art. 823 do CPC, que são: dúvida acerca do direito e o perigo de danificação ou desaparecimento da coisa.

Válido salientar posição de Theodoro Jr., que afirma “sequestro é a medida cautelar que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem determinado, objeto do litígio, para lhe assegurar entrega, em bom estado, ao que vencer a causa. Atua o sequestro, praticamente, através de desapossamento, com o escopo de conservar a integridade de uma coisa sobre que versa a disputa judicial, preservando-a de danos, de depreciação ou deteiorização. Eventualmente, pode assumir a feição de medida protetiva da integridade física do litigante, na hipótese de ser decretada para evitar rixas (agressões e contendas pessoais) entre as partes por causa da posse do bem litigioso (art. 822, I)”²⁴.

O perigo de danificação iminente é imprescindível para o ajuizamento desta ação. Esta posse ou propriedade pode ser disputada, ou vir a ser, mesmo em função de dissolução de sociedade subjacente ao casamento, ou

²⁴ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.454.

até mesmo do próprio casamento, em função de divórcio ou anulação. Existem outras possibilidades do uso do seqüestro, como vemos no art. 6º, § 1º, Dec.-lei 7.661/45, o qual é permitido nos casos de bens de diretores de sociedade para garantir a efetivação das conseqüências de sua responsabilidade solidária na ação de falência, entre outros casos determinados por lei.

O seqüestro proporciona uma relação processual contenciosa que culmina numa sentença de acolhimento ou rejeição da pretensão, não tendo influência sobre o mérito da lide na ação principal. O seqüestro pertence ao gênero de depósito recursal, de depósito forçado do bem litigioso. Diferindo do simples depósito porque este poderá ser feito como caução por uma das partes na fase preparatória da ação, sem ter característica de prevenção e segurança do objeto ora litigado, enquanto que o seqüestro é resultado de imposição judicial, a requerimento da parte contrária, sendo este objeto garantia forçada de execução futura para entrega de coisa certa.

É considerado parte legítima para a proposição do seqüestro o autor e o réu da ação principal. Caso o pedido seja julgado procedente, gera uma sentença auto-exeqüível, com imediata expedição de mandado. Sua principal diferença do arresto é que este trata de garantir a eficácia da futura execução de quantia certa contra devedor solvente, enquanto que o seqüestro sua finalidade é a garantia de eficácia de execução para a entrega de coisa certa. Em outras palavras, podemos dizer que o arresto recai sobre bens indeterminados, convertendo-se, se lograr efeito, em penhora, e o seqüestro, que como já dissemos é sobre bem determinado, se transforma em depósito.

O seqüestro pode ser incidente ou preparatório, ou seja, medida aplicada quando houver dúvida sobre o direito material da parte envolvida e o perigo de desaparecimento da coisa determinada, não sendo obrigatoriamente que a lide esteja *sub judice*. A jurisprudência considera o seqüestro uma mediada “violenta, odiosa e de exceção”, devendo ser somente usada diante de prova segura e convincente de que a conservação da coisa corre o risco insanável.

Encontra-se claro que no caso do seqüestro não há dúvidas em relação ao não ferimento dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da efetividade.

10 CAUÇÃO

A caução, que é uma garantia, é prestada por meio deste procedimento, também chamado de caução, e sua finalidade é o cumprimento de uma obrigação. Ela pode ser apresentada de duas maneiras: ao colocarem bens à disposição do juiz, é a que chamamos de caução real, e a apresentada por um fiador, que é a chamada caução fidejussória.

A simples palavra caução já significa garantia, e esta, no direito processual, poderá ser feita sem que necessariamente seja por esse procedimento, ou melhor, nem toda caução feita através deste tem natureza cautelar. A caução pode ser apresentada em qualquer procedimento. Normalmente ela é requisitada pelo juiz para servir de contrapeso à concessão de liminar.

Válido ressaltar as palavras do autor Humberto Theodoro Jr., no momento em que sustenta: “há caução quando o responsável por uma prestação coloca à disposição do credor um bem jurídico que, no caso de inadimplemento, possa cobrir o valor da obrigação. (...)e classifica as cauções em : a) cauções legais; b) cauções negociais; c) cauções processuais, compreendendo: 1. Ações cautelares; 2. Medidas incidentais necessárias, de imposição ex officio pelo juiz”²⁵.

Os doutrinadores só aceitam a caução como medida cautelar quando é prestada por determinação judicial. Isto ocorre devido ao poder geral de cautela, quando se trata de contracautela ou quando se trata de medida substitutiva de qualquer outra providência cautelar específica.

Tem legitimidade para prestar caução aquele que quer prestá-la, terceiros, ou àquele em favor de quem a caução deva ser prestada. Não podemos olvidar a figura *cautio iudicatum solvi*, é a chamada caução às custas. Ela é um tipo especial, exigida quando um brasileiro ou estrangeiro residindo fora do país, ou ainda quem precisa se ausentar do país, preste bens imóveis, cujo valor seja capaz de assegurar o pagamento das custas e honorários advocatícios da parte contrária. Sendo dispensada nos casos de execução por título extrajudicial ou de reconvenção.

Caso a caução prestada seja insuficiente para cobrir o valor do pretendido, pode-se pleitear o reforço de caução, lembrando sempre que a ativi-

²⁵ WAMBIER L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. Curso Avançado de Processo Civil, vol. III, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p.70.

dade judicial no procedimento de caução se limita à verificação da idoneidade do fiador e da suficiência da caução prestada, não cabendo ao juiz manifestar-se sobre o modo de prestação de caução.

Prevenir a ocorrência de um dano, esta é sua característica principal. Podemos dizer, então, que desempenha um papel de fonte de ressarcimento deste evento. Neste caso, a caução fica retida para que sobre ela incida a execução do prejuízo, através do processo de execução, não havendo, portanto, a simples entrega da caução ao credor.

A efetividade está assegurada no momento em que, de forma eficiente, o autor, por qualquer motivo, não seja lesado, e que tenha a segurança devida que lhe é oferecida pelo Poder Judiciário. Não atrapalhando, como mostram as evidências, a ampla defesa e o contraditório.

11 BUSCA E APREENSÃO

Ação cautelar que consiste em dois procedimentos subseqüentes e interdependentes que são: procurar e apreender. É usado em várias finalidades, nem sempre todas são cautelares. Podemos exemplificar a segurança da exequibilidade do provimento jurisdicional principal, ou preservar os efeitos de outra medida cautelar, podemos citar um desvio de má-fé de um bem arrestado, ou ainda a busca e apreensão de um menor que esteja na posse do pai mais de seis dias nos quais deveria ficar com a criança, no caso que não tenha a guarda do mesmo. Ela pode ainda bastar-se em si mesma, sendo satisfativa em si mesma, dispensando neste caso a propositura de uma outra ação, deixando de lado seu caráter de acessório. Podemos citar como exemplo a busca e apreensão de autos indevidamente retidos por advogado.

O seu objeto pode ser coisa móvel e pessoas, como já havíamos dito, menores e também interditos, sendo a medida, respectivamente, real ou pessoal. Podemos classificá-la ainda em preparatória ou incidente, dependendo exclusivamente de cada caso para que ela venha a ser utilizada. Reforçando que pode ter caráter autônomo se for satisfativa nela mesma, desta forma não estará atrelada a nenhum outro processo. Ela é autuada à parte, podendo ser apensada à ação principal se a alguma desta esteja servindo.

Autorizada por sentença, será expedido o mandado contendo indicação do local e descrição do objeto, bem ou pessoa, a serem apreendidos. Segundo o art. 3º do Dec-lei nº 911, e ainda se encontra regulamentada nos art. 839 a 843 do CPC. Será feita, então, por dois oficiais de justiça e acompanhados por duas testemunhas.

Embora a busca e apreensão possa ser feita de modo preparatório, assegura a efetividade do processo, não implica que afete o direito do réu de se defender em juízo. A medida cautelar tem caráter provisório, e está assegurada a ampla defesa e o contraditório a partir do momento que a parte tem oportunidade de contestar a concessão da liminar, como também acompanhar os procedimentos judiciais, participando de forma ativa, em pé de igualdade com a parte adversa.

12 AÇÃO DE EXIBIÇÃO

Meio pelo qual o autor objetiva conhecer e fiscalizar determinada coisa ou documento. Pode ter, o pedido de exibição, caráter cautelar e ser feito por meio de ação, sendo considerado autônomo se satisfativo em si mesmo, ou acessório, incidentalmente, ou preparatório, se objetivar algum interesse da ação principal.

O objeto de exibição pode ser uma coisa móvel que se encontre em poder de terceiros e que o autor tenha o interesse de conhecer; ou ainda documento em comum do autor com aquele que o detém, exemplificando o caso de um sócio, ou que esteja em poder de terceiro, como é o caso de estar com o testamentário, ou inventariante.

Não sendo de caráter satisfativo, via de regra a exibição está relacionada com a constituição ou simplesmente destina-se a assegurar a prova, ou melhor, o autor pode ver e tocar a coisa que se exhibe, contudo, a permanência da coisa continua com o réu. Caso haja necessidade, o juiz determinará que o documento permaneça nos autos, ou que a coisa, durante um determinado período de tempo, se conserve em depósito judicial para dar oportunidade necessária para inspeção do requerente.

A ação incidental exhibitória poderá ser intentada contra um terceiro ou contra a parte. A lei prevê diferentes procedimentos para a ação exhibitória intentada contra a parte da ação principal e para ação exhibitória movida contra terceiro. Lembrando que não é uma medida constritiva de bens, não seguirá o prazo do art. 806 do CPC, em relação à sua eficácia subordinada. Após o término do processo, os autos continuam no cartório, para que essa medida gere prevenção.

O CPC trata do assunto em dois momentos, o primeiro como incidente da fase probatória do processo de cognição (arts. 355 a 363 e 381/382), e o segundo como medida cautelar preparatória. Encontramos polêmica na

doutrina atual no caso de a ação de exibição ter natureza cautelar. Contudo, seguimos a linha que a exhibitória tem a finalidade de acautelar o processo principal para que ele seja proposto sem os riscos peculiares ao exercício, não se baseando na pretensão reivindicatória. Outro fundamento que seguimos para considerá-la uma atividade tipicamente cautelar é no caso de essa fornecer elementos de fatos que se destinam a instruir o futuro processo, sem a preocupação com a razão daquele que dela se vale, e sem ter um objetivo a exaurir em si mesma.

Os princípios que ora discutimos estão assegurados e caminham em conjunto, haja vista a necessidade da cautelar, assegurando a efetividade, e da oportunidade reconhecida da parte de exercer o contraditório e a ampla defesa.

13 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A produção de prova, em regra geral, ocorre na fase de instrução, fase em que se dá o primeiro diálogo entre o autor e o réu. Nesta fase é que encontramos a prova pericial. Contudo, excepcionalmente, existem casos em que deve ocorrer a antecipação de sua produção, obviamente nos casos em que se encontrarem como pressuposto o risco de perecimento ou de desaparecimento do objeto da prova.

É fácil imaginarmos casos que necessitem de provas antecipadas. Podemos citar dois clássicos: o de uma testemunha doente, cujo depoimento no processo seja importante, mas que haja o receio de que ela não tenha saúde suficiente para esperar e dar sua contribuição; ou ainda uma perícia em bens perecíveis, cuja produção não pode aguardar as delongas do procedimento, sob pena de perder sua finalidade.

Neste sentido, é válido citar Humberto Theodoro Jr., que afirma: “o processo tem ordinariamente um momento ou uma fase reservada à prova dos fatos alegados pelas partes. Há circunstâncias excepcionais, no entanto, que autorizam a parte a promover, antes do momento processual adequado, a coleta dos elementos de convicção necessários à instrução da causa. São casos em que a parte exerce a pretensão à segurança da prova, sem contudo antecipar o julgamento da pretensão de direito substancial. O interesse que autoriza a ação cautelar na espécie se relaciona apenas com a obtenção,

preventiva, da documentação de estado de fato que possa vir a influir, de futuro, na instrução de alguma ação'²⁶.

Podemos verificar a necessidade da produção de prova durante o curso do processo, ou melhor, na fase postulatória, sem que se possa aguardar a fase instrutória, ou, ainda, pode ser ajuizada antes mesmo do processo principal, o qual, ordinariamente, seria o caso da produção da prova determinada. Não interferiram, no caso, os princípios a que se dedica o estudo em questão.

Sua finalidade é a de registrar, sob forma de prova pericial ou oral, o fato presente que possa influir futuramente na solução da lide do processo principal, devendo ter como pressuposto o perigo de desaparecimento do objeto da prova ou de seu perecimento, casos exemplificados acima expostos.

Encontramos os casos de antecipação da prova dispostos no art. 846 do CPC, que são: depoimento da parte e inquirição de testemunhas (antes da propositura da ação ou antes da audiência de instrução, se a ação já estiver em curso) se o que deva depor tiver a necessidade de ausentar-se, ou por motivos de saúde, ou ainda de idade que provem o comprometimento de futura não realização dessas provas. Podemos citar ainda os casos em que é admissível essa ação quando caracterizado receio justificado de não bom funcionamento dos direitos da parte no tocante à análise pericial, de matéria imprescindível para o decorrer do processo.

As pessoas legítimas para propor a ação são o autor, o réu ou terceiro interveniente. A prova antecipadamente obtida será utilizada no processo principal e terá sua valoração como se fosse prova colhida neste. A prova de antecipação que, por exemplo, recair sobre depoimento de partes e testemunhas, estas serão levadas ao processo principal com o mesmo valor de provas testemunhais e não como documentais. Embora estando reduzidas a termo e homologadas por sentença, as provas testemunhais não terão caráter de documental, da mesma forma tratamos as provas periciais, que, levadas a instruir o processo principal, continuam mantendo sua mesma natureza, e não se convertendo em prova documental.

A sentença proferida pelo juiz na antecipação de provas é apenas homologatória, como se encontra explanado no parágrafo acima, ou seja, re-

²⁶ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.490.

fere-se somente ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligidos, não havendo qualquer declaração de sua veracidade e suas consequências sobre a lide, uma vez que não são ações declaratórias e não fazem coisa julgada material. Segundo Pontes de Miranda, é uma ação constitutiva a antecipação de provas, exatamente por pré-constituir prova judicial para os interessados.

Constatamos que é uma medida de natureza cautelar, uma vez que serve ao processo principal, seja de conhecimento ou de execução. Na realidade não garante a eficácia do provimento jurisdicional, como podemos constatar no arresto ou seqüestro, contudo se olharmos a antecipação de depoimento de testemunha chave para dirimir um conflito, cuja inquirição somente poderá ser feita antecipadamente, por razão do perigo de desaparecimento do objeto da prova ou de seu perecimento, consideraríamos, sem restar dúvidas, que esta tem natureza cautelar.

14 ALIMENTOS PROVISIONAIS

Os alimentos provisionais têm a finalidade de prover o sustento da parte e os gastos da demanda durante o curso da ação de anulação de casamento, de separação judicial, da investigação de paternidade, entre outros casos permitidos por lei. Podem ser preparatórios ou incidentais. As partes da cautelar de alimentos provisionais são as mesmas da ação principal. Lembrando que sempre a competência é do juiz de primeiro grau, mesmo estando o processo no Tribunal. A liminar que trata dos alimentos provisionais podem ser concedidas ou negadas *inaudita altera pars*, ou seja, mesmo antes de a outra parte ser citada.

Não podem acumular com os alimentos provisórios concedidos com base na Lei nº 5.478, que prevê um rito especial para a ação de alimentos, com prova pré-constituída do fundamento do pedido, da mesma forma não pode acumular com alimentos eventualmente concedidos, no rito ordinário da ação de alimentos, por liminar de antecipação de tutela.

Válido citarmos o doutrinador Humberto Theodoro Jr., que explana: “Na verdade, a prestação de alimentos provisionais é conteúdo da ação de alimentos. De maneira que sua concessão tem mais figura de liminar que de medida cautelar. Há, mais do que o fim de assegurar uma futura execução, uma sumária resolução da pretensão litigiosa. No entanto, a ação cautelar de alimentos provisionais diverge da ação principal de alimentos porque: 1)

é acessória de outro processo; 2) é pleito (*venter non patitur dilationem*); 3) não é definitiva em relação a determinação da dívida, pois vigora até a solução definitiva da demanda”²⁷.

Há uma grande discussão na doutrina para saber se realmente essa medida pode ser considerada de natureza cautelar, haja vista que a finalidade desta é garantir a eficácia da ação principal. Contudo, a jurisprudência posiciona-se firme ao considerar que os alimentos pagos em provas não exaurientes não são repetíveis, ou seja, a parte que os pagou não pode reavê-los, e neste aspecto não seria cautelar, uma vez que estas podem ser reversíveis.

Há uma polêmica maior em relação à ampla defesa e ao contraditório nesta medida cautelar, se é que assim podemos chamá-la. O fato de não poder reaver a prestação concedida à parte autora, a efetividade, sem dúvida, foi garantida naquele exato momento, contudo o contraditório, para muitos, não. O seu direito de defesa foi suprimido na medida que concedida uma liminar *inaudita altera pars*, e que usado o suposto ‘contraditório’, a parte, ora pagante, prova a não responsabilidade que lhe foi atribuída, não terá ressarcido o valor pago, o que nos leva a concluir que o contraditório e a ampla defesa, neste caso, são falhos, ineficazes.

15 ARROLAMENTO DE BENS

Seu objetivo é a conservação de bens que corram risco de extravio ou de dilapidação, frustrando o cumprimento de determinada obrigação. Como as outras medidas cautelares, seus pressupostos são: *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, medidas que assegurem a conservação dos bens.

Podem requerer o arrolamento de bens todos aqueles que se encontrem interessados em sua conservação, podendo este interesse, segundo o art. 856, §1º, decorrer do direito já constituído quanto de direito que ainda deva ser declarado em ação própria.

Da mesma forma podemos dizer que o art. 856, §2º, não admite o uso deste tipo de cautelar pelos credores para garantir que o devedor não dissipe seu patrimônio, só podendo fazer no caso de arrecadação de herança, ou nos casos de herança jacente, ou se o espólio do devedor tenha sido declarado insolvente.

²⁷ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.498.

O juiz, convencido da veracidade das alegações do requerente e do efetivo risco de extravio ou de dissipação dos bens, nomeará depositário que irá lavar auto contendo minuciosa descrição dos bens, devendo também registrar eventuais ocorrências que interessem para sua conservação. O depositário poderá ser o próprio possuidor ou terceiro, que preste compromisso e que desempenhe sua função sob as penas da lei.

Como podemos notar, o arrolamento, por si só, tem caráter meramente documental, contudo, ao se tornar medida constritiva de bens, assume a natureza nitidamente cautelar, seguindo, então, a regra do art. 806 do CPC, não encontrando algum tipo de problema com os princípios abordados em nosso estudo.

16 JUSTIFICAÇÃO

A justificação serve para a constituição de um documento para servir de prova para um futuro processo, o principal. Tem como objeto um fato ou uma relação jurídica. E mesmo que se exija, em princípio, a citação dos interessados, não é medida de caráter contencioso, não havendo defesa propriamente dita na medida cautelar de justificação, nem tampouco concessão de liminar, muito menos recursos de maneira geral.

Consiste apenas na coleta avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser usada em processo futuro ou em outras finalidades não contenciosas. Uma polêmica surge novamente. Alguns autores acreditam ser a justificação um meio de constituir provas e não de assegurá-las e, ademais, não está caracterizado o *periculum in mora*.

Outra questão a que devemos dar importância é que na justificação não há o contraditório, e nela o juiz nada decide. Limita-se apenas a aferir, extrinsecamente, a observância das formalidades legais, sem pronunciamento algum sobre o conteúdo da prova colhida.

Constatamos, então, que todas as cautelares devem assegurar a ampla defesa e o contraditório. Será que realmente podemos enquadrar a justificação como cautelar? A doutrina não é unânime, e o nosso posicionamento é de que a justificação está longe de ser uma cautelar, e sim, encontramos nela uma mera ação declaratória no caso da judicial, que poderá ou não ser posteriormente usada a favor do justificante. Neste caso não é considerada um acessório, até mesmo porque o justificante poderia impetrar uma ação sem obrigatoriamente usá-la, nem podemos dizer que a justificação tem força decisiva para a decisão final de um juiz.

A lei é bem clara nos casos em que o interessado, que não possa ser citado pessoalmente, deve ter a intervenção do Ministério Público. A justificação consiste na oitiva de testemunhas, que podem ser contraditadas e reinquiridas pelos interessados, como também existe o direito do requerente de juntar documentos, podendo o interessado se manifestar sobre os assuntos trazidos por aquele ao processo.

A justificação, medida de jurisdição voluntária, é decidida por sentença e os autos entregues ao requerente depois de 48 horas de sua decisão. A finalidade desta medida cautelar é a de que o juiz observe o cumprimento das formalidade legais, como já havíamos dito, não decidindo nada, nem se manifestando sobre o mérito da prova. Podendo ser aproveitada posteriormente por seu requerente em um outro processo.

17 PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES

Meio pelo qual se possibilita à parte manifestar qualquer intenção, como o exemplo de prevenir responsabilidades, a de ressaltar direitos, ou ainda a de impedir futura alegação de ignorância. Obviamente não é por meio de nenhuma dessas medidas cautelares que se evite a realização de um negócio jurídico, e sim, evita que quem o celebrou alegue que não sabia que não podia fazê-lo. Ressaltando que esta impossibilidade não terá nascido do protesto em si mesmo.

As notificações, por exemplo, pelo direito material, existem em certos tipos de ações como condicionamento destas, como também as notificações têm o efeito de interromper a prescrição, como se encontra disposto no art. 172, II, do CC, e, por extensão, impede que se consuma a decadência, ou ainda constitui em mora o devedor, nas obrigações sem prazo, art. 960, CC.

Alguns autores afirmam que protestos, notificações e interpelações não sejam, na verdade, nem processo, nem ação, muito menos cautelares, e sim, meros procedimentos. É uma medida que pode ser feita extrajudicialmente. Acreditam esses que são meros procedimentos não contenciosos, conservativos de direitos, ou seja, não podem ser inclusos, tecnicamente, entre as cautelares, haja vista não se identificar nesses atos nem o *periculum in mora*, nem servem especificamente para assegurar eficácia e utilidade a outro processo.

Protesto é um ato judicial de comprovação ou documentação de intenção do promovente, revelando-se o propósito do agente de fazer atuar

no mundo jurídico uma pretensão, geralmente de ordem substancial ou material. Sua finalidade, como se encontra exposta no texto legal, pode ser: 1) prevenir responsabilidade; 2) prover a conservação de seu direito; 3) prover a ressalva de seus direitos. Como podemos constatar, o protesto não acrescenta nem diminui direitos ao promovente, apenas conserva ou preserva direitos porventura pré-existentes, não tendo feição de litígio, e sim, é unilateralmente em seu procedimento, o outro interessado apenas recebe ciência dele.

Segundo Humberto Theodoro Jr. “o protesto pode ser tido como gênero das manifestações em juízo da intenção de exercitar uma pretensão de ressalva ou de conservação de direitos. A notificação e a interpelação são espécies dessa atividade, processual conservativa, aplicáveis em casos especialmente previstos por lei (art. 873)”²⁸.

A notificação é usada para a comprovação solene de uma declaração de vontade, para atingir-se um fim de direito material. Pode ser considerada como instrumento de um ato substancial de ruptura do vínculo contratual. É por meio dela que a vontade atua no mundo jurídico, criando uma situação jurídica nova, que vai legitimar, em seguida, a retomada da coisa pelo interessado, através da via processual adequada.

A interpelação tem a finalidade de servir ao credor para fazer conhecer ao devedor a exigência de cumprimento da obrigação, sob pena de ficar constituído em mora.

São medidas que não admitem defesa. Realmente não haveria do que se defender. Pode existir, contudo, em procedimento distinto, o contraprotesto, a contranotificação ou a contra-interpelação. Não admite, também, a interposição de recurso contra seu deferimento. O próprio Código trata como meios de simples exteriorização de vontade, ou de comunicações de conhecimento.

18 HOMOLOGAÇÃO DE PENHORA LEGAL

Regulado por lei, o penhor legal encontra-se disposto no art. 776 do CC, que prevê dois casos: 1) ligado ao contrato de hospedagem, recaindo sobre a bagagem do hóspede; 2) ligado ao contrato de locação de prédio

²⁸ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.518.

rústico ou urbano, sobre os bens do inquilino, que estiverem garantindo o imóvel.

A homologação do penhor legal não o constitui. O que acontece é o seu aperfeiçoamento com o fato de o credor tomar posse dos bens. Podemos dizer que o penhor legal é uma espécie de autotutela que remanesceu em nosso sistema jurídico. Ou seja, em face da resistência do devedor, pode o credor requerer judicialmente o seqüestro dos bens sobre os quais recai o penhor. Obviamente só recai nos bens que podem ser penhorados.

É uma medida pleiteada pelo autor, em ação autônoma, que não tem características de cautelar, pois não há vinculação a nenhum outro processo, e em sua própria sentença, homologando-se o penhor, é declarado o direito do autor.

O devedor é citado para que, em 24 horas, pague ou alegue defesa. Esta ficará adstrita às matérias listadas na lei, que são: 1) nulidade do processo; 2) extinção da obrigação; 3) não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal, como exemplo, os impenhoráveis ou os alienáveis.

Ressaltando que os bens penhoráveis não passam a ser do credor, e sim, a ser uma garantia para posterior expropriação no momento devido. Há uma questão que os doutrinadores discutem. Uma boa parte, baseando-se na letra da lei, afirma poder ter-se uma homologação liminar no procedimento da homologação do penhor legal, assegurando a efetividade, a *inaudita altera pars* postergaria o contraditório, sendo o réu citado para pagar, e não mais é concedido seu direito de defesa, podendo, todavia, apelar desta sentença, vez que exerceria seu direito de defesa.

19 POSSE EM NOME DO NASCITURO

É uma medida cautelar que visa proteger direitos de quem não os pode exercer por si, porque ainda não nasceu. Consiste em um exame pericial para que se constate a gravidez, a cujo requerimento é anexada a certidão de óbito daquele de quem o nascituro é sucessor. Pode este exame ser dispensado se houver concordância dos interessados, que são os demais herdeiros. Neste caso, não temos o que discutir sobre os princípios que são objeto de nosso estudo.

Via de regra, a ação é ajuizada pela mãe, que é quem tem o pátrio poder. Contudo, na falta deste, será nomeado um curador para o nascituro.

Encontramos ainda neste tema divergências em relação de ser esta ação considerada de natureza cautelar. Como é o caso do doutrinador Humberto Theodoro Jr, que assim entende: “(...) Sem embargo de o Código arrolar a ‘posse do nascituro’ entre os procedimentos cautelares específicos, não se pode, do ponto de vista técnico, conceituá-la como ação cautelar. O que há, na espécie, é tão-somente a comprovação judicial da existência de um ser que ainda não penetrou no mundo das pessoas, e que, para atuar na tutela de seus interesses, precisa de um representante, Não pressupondo o periculum in mora, nem tendendo a assegurar o equilíbrio das partes numa situação de fato sobre que, necessariamente, haja de incidir um provimento jurisdicional visado por outro processo, não há como falar em ação cautelar. Tudo, na verdade, não passa de mero negócio jurídico de tutela de interesses privados, configurando tipicamente um procedimento de jurisdição voluntária, semelhantes àqueles relacionados com a tutela e a curatela”²⁹.

20 ATENTADO

Medida cautelar que visa alterar a situação de fato, documentando a violação e impor o restabelecimento do *status quo ante*. E até que seja revertida a situação pelo réu alterada, este, como punição, perderá o direito de pronunciar-se nos autos até purgar o atentado. É um caso de cerceamento do direito à defesa pelo seu mau uso.

A lei considera como atentado qualquer inovação ilegal no estado de fato relativo à situação subjacente à demanda, sendo considerada ilegal qualquer alteração que possa levar o juiz a decidir diferentemente daquilo que decidiria caso não tivesse ocorrido a modificação.

Os pressupostos constituem situação criada que há de ser nova e ilícita, a alteração deverá ter ocorrido de forma concomitante a um processo em curso, mesmo que esteja em fase de recurso ou de execução, e ainda caracterizada a lesão à parte contrária e possibilidade de induzir o juiz em erro. Lembrando que só pode haver atentado depois da instauração da litispendência, ou melhor, subsequente à citação do réu. Neste caso, para que ocorra, já foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa, como de costume em todos os procedimentos judiciais.

²⁹ THEODORO JR., H. Curso de Direito Processual Civil, vol. II. Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.530.

O atentado é sempre incidental. Alguns autores não admitem a concessão de liminar, por ser impossível a sua execução provisória, todavia não é questão unânime na doutrina. Outros consideram a possibilidade de liminar, sendo o incidente autuado em apenso. Está claro que fora assegurada a efetividade. Além de ser um tema controverso – o da concessão de liminar ou seu indeferimento – dever-se-á estar sempre atento para assegurar o contraditório e a ampla defesa para a parte ré.

A sentença é mandamental e executiva em sua maior parte, podendo também ter conteúdo condenatório, quando for o caso de o réu ressarcir à parte lesada em perdas e danos, em consequência das causas repercutidas do atentado. A medida usada para combater o atentado é a sub-rogatória.

21 PROTESTO E APREENSÃO DE TÍTULOS

Além de ser considerada como cautelar, trata-se de uma medida administrativa que não chega sequer à intervenção do órgão judicial. É um ato extrajudicial, solene, cujo processamento ocorre perante oficial público, sem obrigatoriedade de advogado e tem por finalidade assegurar o exercício de certos direitos cambiários.

Consiste essa medida na documentação solene da apresentação do título ao devedor, realizada através de oficial público, com o objetivo de comprovar a falta de pagamento ou aceite para que sejam assegurados os direitos cambiários regressivos contra coobrigados, ou, ainda, o direito de ajuizar o pedido de falência do devedor comerciante (protesto necessário), como também pode ser usada para conseguir prova especial ou solene da ocorrência (protesto facultativo).

O CPC apenas regula o procedimento de intimação do devedor e da solução de dúvidas processadas pelo oficial de protesto, enquanto que os casos e requisitos estão regulados pelas leis especiais que regulam os diversos tipos de títulos de créditos.

A letra de câmbio e a duplicata são exemplos de títulos que necessitam de aceite do devedor. Nestes casos a lei estabelece um prazo para que o sacado restitua a cártula, com ou sem aceite, sob cominação de apreensão judicial. Não cumprida a devida obrigação, o credor poderá pedir ao juiz a apreensão do título indevidamente retido.

Se provadas documentalmente pelo credor, ou previamente justificadas, a entrega do título e a recusa da devolução, o juiz decretará a prisão

civil do devedor, tema de controvérsias, porque encontramos alguns posicionamentos que põem em dúvida a constitucionalidade da questão. Neste caso, o pedido do autor deverá obedecer aos requisitos legais e subscrito por um advogado, haja vista não mais a característica administrativa, ou seja, é um processo judicial contencioso.

Tanto em ordem administrativa como no processo judicial, o devedor deverá ter direito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Antes de ser preso, o devedor tem o direito de ser citado para que tome ciência do que está acontecendo a ele, momento pelo qual pode purgar sua falta. O artigo 886 do CPC indica as hipóteses em que a prisão civil cessará: cumprimento da obrigação do devedor; quando o requerente desiste do pedido; não sendo iniciada a ação penal dentro do prazo; e por último, não sendo a ação penal julgada antes de 90 dias da data de acusação do mandado de prisão.

22 OUTRAS MEDIDAS PROVISIONAIS

O juiz está investido do poder geral de cautela para que possa dar o efetivo cumprimento ao princípio de inafastabilidade do controle jurisdicional. Encontramos, então, a razão de ser do processo cautelar em assegurar esta eficácia.

São encontradas no art. 888 do CPC e denominadas como outras medidas provisionais, para as quais não se estipula rito especial, cuja admissibilidade tanto pode dar-se em caráter preparatório quanto em incidental, são elas: 1) obras de conservação em coisa litigiosa ou juridicamente apreendida; 2) a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; 3) a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento; 4) o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; 5) o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; 6) o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; 7) a guarda e a educação dos filhos, regulação do direito de visita; 8) a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Em caso de urgência, poderá ser deferida a liminar, baseando-se no parágrafo único do art. 889, observados os requisitos do art. 804, salientando que todas elas são medidas temporárias e provisórias, que atuam em

função de outro processo. Não olvidando que o contraditório e a ampla defesa não são reprimidos por causa da efetividade que o juiz prioriza quando concede a liminar, uma vez que seu direito de defesa, em sentido amplo, está assegurado.

A última delas, a interdição ou demolição de prédios, não tem caráter simplesmente cautelar, haja vista ser fato irreparável de ser corrigido. Contudo, podemos compreendê-la não como protetora do processo principal, e sim, protetora de algo mais importante, da saúde, da segurança ou do interesse público. Como podemos observar, este é o único caso em que não se faz necessária a propositura de uma ação principal, pois ela por si só tem efeito satisfativo, e não preventivo.

23 TÉCNICAS CONCILIATÓRIAS DOS TRÊS PRINCÍPIOS

Cabendo ao juiz, em favor a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato de ser atacado. Tem o sistema processual uma atividade em que o juiz e seus auxiliares devem prestar informações para o bom andamento do processo, que forneça oportunidades para ambas as partes participarem do processo, como p. ex., a citação, intimação e notificação. Só assim estará oferecendo de modo efetivo o contraditório para as partes.

Da mesma forma, entendemos que o princípio do contraditório e sua garantia impõem ao juiz que haja sua participação, através de atos como a direção, de prova e de diálogo. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente.

Pode-se demonstrar a importância da efetividade no processo, que se aberto espaço para a ampla defesa e o contraditório na forma ordinária com que transcorre um processo, o direito e a justiça seriam prejudicados. Existem certos casos em que, em favor do bom direito, como podemos citar os casos de urgência em que o juiz precisa prover o *inaudita altera pars* (CPC, art. 929, 32, 937, 813 ss.) para que seja evitado o *periculum in mora*, não invalidando que o demandado possa desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo. P.ex. caso em que o demandante entra na justiça pedindo a custódia de um filho, sem que se escute a parte contrária, temendo que esta ao saber fuja com o menor. Neste caso observamos a importância da efetividade; em inúmeros outros, não priorizados, perde ela sua finalidade, embora, repetin-

do mais uma vez, não exclua completamente o direito à defesa, que poderá ser exercido no decorrer do processo depois de garantido a segurança do direito em litígio.

Importantes são as palavras do grande doutrinador C. R. Dinamarco, que defende ferozmente: “O processualista não pode ser conivente com a prática forense que mostra, dia após dia, que o réu obtém vantagens imorais com aquilo que imagina ser seu ‘direito de defesa’. A realidade social brasileira exige que seja realçado o valor da efetividade, já que muitos não podem esperar para receber as pequenas quantias a que tem direito, a não ser com um custo muito alto, que em vários casos significa até mesmo fome e miséria. Aqueles que tratam a ampla defesa como dogma e ainda assim falam em efetividade devem parar para pensar que a ampla defesa, quando garante ao réu, também pode retirar muita coisa do autor”³⁰.

24 CONCLUSÕES

Após a análise feita sobre a efetividade, a ampla defesa e o contraditório, pode-se constatar que as normas processuais civis precisam urgentemente se adequar às exigências da sociedade atual, dinâmica, conflituosa, angustiada.

Não se pode, por outro lado, olvidar que a ampla defesa e o contraditório, corolários do devido processo legal, deverão sempre estar presentes em qualquer processo, todavia, que não atropelem a efetividade do processo. Urge, pois que exista uma harmonia, mesmo que não absoluta, entre estes três princípios.

É errôneo apenas preocupar-se com o direito da parte de defender-se perante o juízo de algo que está sendo argüido contra si, nem tampouco dar-lhe total segurança de alegar todas as provas que tem ou se defender com todas as técnicas e recursos possíveis, se, ao mesmo tempo, um bem, principalmente de caráter não patrimonial, está sendo ameaçado e precisando de uma intervenção urgente.

Tampouco é correto, por amor à efetividade, o magistrado julgar sem ter sua opinião formulada, convicta, usando dos instrumentos que lhe são assegurados, mascarando, ou melhor, justificando não ter ferido a celerida-

³⁰ DINAMARCO, C. R. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000, p.242.

de do processo e outros princípios que andam juntos da efetividade, uma vez que as medidas preventivas, feitas para resguardar um direito, não deixando a injustiça reinar, se torne a própria injustiça. Deve-se sempre ponderar, saber dosar para que a finalidade do processo consiga atingir, da melhor forma possível, o esperado.

É razoável concluir, após a presente exposição, que o bom acesso à justiça depende de fatores, já acima mencionados, muitos deles inter-relacionados, não podendo ser resolvidos um por um. Faz-se necessário que haja uma maior publicização da Justiça, como ocorre na França, em que os cidadãos conhecem melhor, tem mais instruções sobre o que é a instituição judiciária, e como a máquina funciona. Como também um melhor e mais ágil atendimento pela assistência judiciária, a redução das custas do processo, o uso de métodos alternativos para decidir causas judiciais, a simplificação de normas rebuscadas e complexas o quanto mais possível, entre outras medidas necessárias.

Constata-se, de modo geral, que a medida cautelar, mesmo sendo concedida *inaudita altera pars* pode vir a ser essencial para a efetividade do processo. O que adiantaria se o sistema jurídico não tivesse dispositivos eficazes para conservar um direito que está sendo discutido judicialmente? Da mesma forma que não suprime o contraditório e a ampla defesa, pois esses princípios são inerentes às partes e estão assegurados a partir do momento em que ambas têm o conhecimento de todos os trâmites do processo, acompanham-nos e participam de maneira ativa, defendendo-se sempre que achar necessário.

Neste sentido é válido citar Arruda Alvim: *“engendrarem-se institutos com esta finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão. A decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescindia de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal. Esta tendência continuada dos legisladores, de tentar agilizar a justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande número de acesso à justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não ter logrado atender com a rapidez desejável.”*³¹.

Particularmente, a medida a ser tomada é a reforma dos procedimentos judiciais em geral. Haja vista que um processo no qual impera a moro-

³¹ ALVIM, A.; Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p.384.

cidade, em que não haja um adequado sistema de tutelas de urgência, será inibido o bom acesso à justiça, e conseqüentemente, prejudicados o direito e a justiça, peças imprescindíveis para o Estado de direito e para a democracia.

BIBLIOGRAFIA

- ABATE, M. & ABATE, M.L. **Codice di procedura civili: e leggi complementari**. quinta edizione, Itália: Cedam, 1998.
- ALVIM, A.; **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- CALAMANDREI, P. **Estudios sobre el proceso civil**, vol. III, Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1973.
- CAMPANHOLE, H. L.; CAMPANHOLE, A. **Constituições do Brasil**. São Paulo, Ed. Atlas, 1999.
- CAPPELLETTI, M. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, F. **Instituições do Processo Civil**. Vol. III, São Paulo, Ed. Servanda, 1999.
- DANTAS, F. W. L. **Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo**. São Paulo, Editora Dialética, 1997.
- DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, C.; GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Ed. Malheiros, 1997.
- FREITAS, J. L. **Introdução ao Processo Civil**. Coimbra, Ed. Coimbra, 1996.
- FIGUEIREDO, L. V. **Estado de Direito e devido processo legal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209: I - IV, 1997.
- LACERDA, G. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I e II. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999.

- MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo, Ed. Malheiros, 1999.
- MARQUES, J. F. **Manual de Direito Processual Civil**. vol. IV, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976.
- MÉNDEZ, F. R. **El sistema procesal español**. Barcelona, Ed. José Maria Bosch S/A, 1995.
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo, Ed. Atlas S/A, 2000.
- NERY JR., N. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- NERY JR., N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- PASSOS, J. J. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. X, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- ROSAS, R. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- SANTOS, M. A. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- SILVA, O. A. B. da. **Curso de Processo Civil**. vol. III, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- THEODORO JR., H. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I e II. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999.
- WAMBIER L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**, vol. III, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.